



Des entretiens de Val Duchesse au conflit de lois

Etienne Pataut

► To cite this version:

Etienne Pataut. Des entretiens de Val Duchesse au conflit de lois : Dialogue social européen et autonomie de la volonté. Autonomie en droit européen, Editions Panthéon Assas, pp.119, 2013, 979-10-90429-38-3. halshs-01348966

HAL Id: halshs-01348966

<https://shs.hal.science/halshs-01348966>

Submitted on 26 Jul 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Des entretiens de Val Duchesse au conflit de lois : Dialogue social européen et autonomie de la volonté

Etienne Pataut

Ecole de droit de la Sorbonne (Paris 1)

VERSION DE TRAVAIL

L'autonomie est une notion à la fois complexe et un peu ambiguë. L'ensemble des contributions dans le présent volume témoigne suffisamment que différents sens du mot autonomie peuvent être retenus : autonomie des Etats par rapport à l'Union, autonomie des individus par rapport aux Etats, autonomie des acteurs les uns par rapport aux autres et, bien entendu, autonomie de la volonté des personnes privées à qui le droit objectif confie dans certains cas le droit de déterminer eux-mêmes les normes par lesquelles ils entendent être régis.

En droit social, l'autonomie prend un sens tout à fait particulier : celui de l'autonomie des partenaires sociaux. Définie très rapidement, ce qui est visé par là, c'est la faculté qui est conférée aux partenaires sociaux, les syndicats essentiellement, d'élaborer la norme du travail. Le législateur s'efface au profit de parties privées, dont la légitimité ne tient pas, ou pas uniquement, à l'élection, mais à leur représentation d'une partie spécifique de la société.

Cette autonomie là, dès lors, est très spécifique par rapport aux autres, et elle n'est pas spécialement européenne. C'est d'abord une réalité nationale, dont l'actualité sociale montre qu'elle est bien vivante. Plus spécifiquement, c'est aussi une autonomie à la fois proche et différente, en tout cas à première vue, de l'autonomie de la volonté au sens classique et contractuel du terme, c'est-à-dire à la possibilité pour des personnes de choisir leurs règles.

Derrière le même terme, il y aurait donc deux réalités différentes, qui ne sont d'ailleurs presque jamais rapprochées. Autonomie des partenaires sociaux et autonomie de la volonté sont deux questions complètement différentes, qui recouvrent des réalités différentes, la première qui est relative au mode d'élaboration de la norme, la seconde qui est relative à la détermination du régime juridique d'une situation constituée, le plus souvent un contrat. Derrière l'usage commun d'un même concept, autonomie de la volonté et autonomie des

partenaires sociaux, recouvreraient donc deux mécanismes juridiques bien distincts.

Le rapprochement de ces deux points de vue, auquel oblige pourtant le thème général de cette étude, incite toutefois à aller au-delà de ces évidentes différences. Dans ce cadre, la perspective européenne semble particulièrement féconde. Envisagée dans la perspective des rapports normatifs entre les Etats membres et l'Union et des Etats membres entre eux, autonomie des partenaires sociaux et autonomie de la volonté sont en effet peut-être moins éloignés qu'il n'y paraît.

Au prix du rappel de quelques évidences, il faut ici revenir un instant sur l'opposition du point de vue du droit interne. Lorsque l'on parle d'un système interne constitué, l'autonomie de la volonté c'est celle qui permet d'élaborer le régime juridique d'un seul contrat, affecté, donc, de la relativité des conventions au sens du droit civil : ces conventions n'ont d'effet qu'entre les parties. Simplement, le Code civil permet à ces parties d'élaborer leur propre loi, selon la formule célèbre de l'article 1134 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Transposée en droit international privé¹, l'autonomie de la volonté est celle qui permet aux parties de choisir la loi qui va régir leur contrat lorsque celui-ci présente des points de rattachements avec plus d'un système juridique. Au contraire, l'autonomie des partenaires sociaux est bien un mode d'élaboration de la norme et dépasse largement le cadre contractuel, par tout un ensemble de règles qui permet tout particulièrement à un accord privé entre personnes privées de prendre l'appellation de « convention collective » et de produire des effets au delà du cercle de ceux qui l'ont signé.

Or, cette distinction là, relativement bien assise en droit interne, se brouille nettement en droit de l'Union. La distinction entre l'élaboration du régime juridique d'un contrat particulier et d'une norme générale est rendue très complexe du fait de l'enchevêtrement normatif qui est celui de l'Union européenne. Dès lors, la distinction entre la position du législateur et celle du contractant est beaucoup moins évidente. A l'analyse, elle semble même paradoxale.

D'un côté, en effet, l'Union se dote d'instruments pour essayer de faire des partenaires sociaux de véritables législateurs. Pourtant, ces efforts restent encore très loin d'aboutir à un régime juridique unitaire et satisfaisant. De l'autre côté, l'autonomie de la volonté, dont bénéficient les partenaires sociaux est, elle, un appui considérable dans la tâche d'unification du droit que se fixe l'Union dans son

¹ Même si l'on sait que l'idée même d'autonomie de la volonté est sans doute antérieurement apparue en droit international privé, avant d'avoir été importée en droit civil ; v. sur ce point les analyses classiques de V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté - Naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980.

ensemble. Dès lors, c'est un peu comme si, finalement, les partenaires sociaux ne parvenaient pas à quitter leur position de contractant lorsqu'on tente de leur donner les moyens d'être des législateurs, mais qu'au contraire ils se voyaient confier un rôle de quasi-législateurs lorsqu'ils sont envisagés comme contractant.

C'est ce paradoxe, très caractéristique de la remise en cause des catégories à laquelle force le droit de l'Union, qu'il faut ici présenter, en montrant qu'un long chemin reste à parcourir avant d'instituer en Europe des partenaires sociaux européens comme législateurs (I), mais que les partenaires sociaux nationaux se voient confier un rôle essentiel dans l'élaboration de mécanismes d'harmonisation du droit social en Europe (II).

I. Les partenaires sociaux européens législateurs ?

Le principe même des rencontres entre partenaires sociaux au niveau européen date des années 80. Ce sont les rencontres dites de « Val duchesse ». Val Duchesse est un lieu mythique du droit de l'Union, puisque c'est dans ce château belge au nom poétique que s'est tenue la conférence intergouvernementale qui a donné naissance à la Communauté économique européenne. Mais c'est là aussi que s'est développée pour l'Europe l'idée d'associer des partenaires sociaux à l'élaboration de la norme sociale européenne². Ces rencontres régulières ont pris une forme institutionnelle précise depuis 2003, avec l'instauration du « sommet tripartite pour la croissance et l'emploi », dont la création résulte d'une décision du Conseil³ et dont la mission consiste à « assurer, de façon permanente, dans le respect du traité et des compétences des institutions et des organes de la Communauté, la concertation entre le Conseil, la Commission et les partenaires sociaux ».

Au-delà de ces rencontres, dont l'objet politique est évident, mais les réalisations juridiques précises plus évanescentes, les traités organisent une place particulière au sein de l'ordre juridique de l'Union pour les partenaires sociaux⁴, encore

² Sur l'historique de ces « rencontres de Val Duchesse », v. not. P. Rodière, *Droit Social de l'Union Européenne*, LGDJ, 2008, pp. 87 et s.

³ Décision 2003/74 du Conseil du 6 mars 2003, *JOUE*, n° L 70 du 14 mars 2003.

⁴ Il faut toutefois noter que la place de ceux-ci, dont il sera uniquement question ici, est éminente, mais non exclusive, en raison de la volonté des institutions européennes d'associer différents éléments de la société civile à l'élaboration des normes de l'Union. Sur ce point, v. part. C. Vigneau, « Partenaires sociaux européens et nouveaux modes communautaires de régulation : la fin des privilèges ? », *Droit Social* 2004. 883.

légèrement retouchée par le traité de Lisbonne⁵. Mais transformer les partenaires sociaux en législateur ne se fait pas en un seul jour, aussi cette organisation, qu'il faut brièvement décrire (A) laisse ouverte de béantes difficultés juridiques (B).

A. Les accords collectifs de niveau Européen

Les traités reconnaissent une place éminente aux partenaires sociaux. C'est ce que dit très clairement l'article 152 TFUE selon lequel « L'Union reconnaît et promeut le rôle des partenaires sociaux à son niveau, en prenant en compte la diversité des systèmes nationaux. Elle facilite le dialogue entre eux, dans le respect de leur autonomie »⁶.

Cette véritable déclaration de principe est riche d'enseignement. Au-delà de la seule volonté de promouvoir le rôle des partenaires sociaux, apparaissent en effet deux exigences : respecter la diversité des systèmes nationaux, tout d'abord, véritable *leitmotiv* de toute compétence en matière sociale qui, plus que toute autre, suscite une certaine méfiance de la part de quelques Etats membres. C'est cette réticence qui justifie qu'il soit à plusieurs reprises fait référence dans le texte du traité à la nécessité de respecter la diversité des législations des Etats membre⁷ ainsi d'ailleurs, plus largement, qu'à celle de veiller à ce que les normes sociales ne constituent pas un frein à l'activité économique⁸. La référence à « l'autonomie » des partenaires sociaux, ensuite, est ici à prendre au sens classique du terme : la possibilité pour ceux-ci de participer à l'élaboration de la loi. Toutefois, on le verra, la référence à l'autonomie dans un contexte spécifiquement européen est ici assez ambiguë dans la mesure où, pour être garantie, cette autonomie doit être construite autour d'un certain nombre de règles d'organisation du dialogue social qui manquent encore largement en Europe.

⁵ Veneziani, Bruno, « The role of social partners in the Lisbon Treaty », in : N. Bruun et al. (dir.), *The Lisbon Treaty*, Hart pub. 2012.

⁶ Sur l'ensemble, v. not. A. Lyon-Caen, « La négociation collective dans ses dimensions internationales », *Droit Social* 1997. 352. Adde J.P. Lhernould, « La négociation collective communautaire », *Droit Social* 2008. 34.

⁷ V. ainsi, tout particulièrement, l'article 151 qui détermine les objectifs sociaux de l'Union tout en précisant que : « À cette fin, l'Union et les Etats membres mettent en œuvre des mesures qui tiennent compte de la diversité des pratiques nationales, en particulier dans le domaine des relations conventionnelles » ; Dans le même sens, v. notamment l'article 165 du traité en matière d'éducation et de formation professionnelle qui fonde une compétence de l'Union « tout en respectant pleinement la responsabilité des Etats membres pour le contenu de l'enseignement et l'organisation du système éducatif ainsi que leur diversité culturelle et linguistique »

⁸ Article 151 al. 2, article 153§2 b.

Quoi qu'il en soit, cette déclaration n'est pas uniquement une pétition de principe. Pour la mettre en œuvre, en effet, le traité prévoit une véritable procédure de négociation qui est décrite aux articles 154 et 155. L'article 154§1, tout d'abord, donne à la Commission européenne mission de promouvoir la consultation des partenaires sociaux au niveau européen et de faciliter leur dialogue en veillant à leur soutien équilibré. Plus précisément, les paragraphes 2 et 3 de l'article 154 obligent la Commission à les consulter avant de mettre en place toute proposition dans le domaine de la politique sociale. Il s'agit en fait de deux consultations, d'abord sur l'opportunité d'une éventuelle action (§2), puis sur le contenu de celle-ci (§3).

Ensuite, en application des articles 154§4 et 155, les partenaires sociaux peuvent faire savoir qu'ils entendent mener la négociation eux-mêmes, sans la Commission qui, de ce fait, se retire du jeu ; et ce n'est que si les partenaires sociaux ne parviennent pas effectivement à un tel accord que la Commission reprendra son rôle et rédigera elle-même le texte. Dès lors, comme on le voit, le traité met en place une procédure tout à fait singulière dans l'ordonnement juridique classique du droit de l'Union, puisque l'un des pouvoirs fondamentaux de la Commission, l'initiative législative, s'efface ici au profit des partenaires sociaux.

Le résultat de cette négociation, ce sont donc des « accords ». C'est ce que dit l'article 155§1 : « Le dialogue entre partenaires sociaux au niveau de l'Union peut conduire, si ces derniers le souhaitent, à des relations conventionnelles, y compris des accords ».

La formulation retenue est un peu vague, car il est difficile de savoir ce que recouvre exactement l'expression « relations conventionnelles », comme il n'est pas aisé de saisir ce qu'il faut entendre par « accord ». L'économie générale du texte permet néanmoins de comprendre l'objectif fondamental du législateur de l'Union. Celui-ci est extrêmement clair : faire de ces accords l'équivalent pour le droit de l'Union européenne des conventions collectives du droit national. Tout particulièrement, le processus d'élaboration de ceux-ci permet de souligner qu'ils présentent deux caractéristiques fondamentales des conventions collectives : ils sont négociés directement entre les partenaires sociaux, d'une part, ils ont vocation à se substituer à la loi, d'autre part.

Pour autant, le volontarisme juridique a ses limites. L'analyse de ces accords ouvre en effet beaucoup plus de difficultés qu'elle n'en résout.

B. La difficile mise œuvre des accords de niveau européen

La nature juridique de ces accords reste encore sujette à de nombreuses discussions, qui tournent autour de deux difficultés principales. La première est de nature théorique et pose la question de la légitimité des acteurs sociaux en

Europe ; la seconde, qui est une conséquence de la première, est plus technique et porte sur la question de la nature juridique de ces accords.

1. Légitimité des acteurs

La question de la légitimité est au cœur de toute discussion sur la détermination des représentants à qui seront confié le pouvoir d'élaborer les normes⁹. De façon évidente, en effet, il est nécessaire de mettre en place une justification qui permette de rendre juridiquement et politiquement acceptable qu'une personne puisse être titulaire d'un pouvoir aussi exorbitant : adopter des règles qui s'appliqueront à d'autres qu'elle-même. Pour l'essentiel, cette légitimité s'acquiert par l'élection, même s'il est aujourd'hui évident que celle-ci n'est pas la seule aune de mesure¹⁰.

Le même travail de légitimation doit être réalisé pour justifier que les syndicats se voient confier, par la grâce des conventions collectives la possibilité d'adopter des normes générales et, plus largement, de défendre des intérêts collectifs¹¹. Juridiquement, cette légitimité peut passer par des règles différentes et souvent d'une grande complexité, variables d'un pays à l'autre¹².

Pour pouvoir prétendre à se substituer à un législateur européen dont la légitimité est elle-même fréquemment contestée, il faudrait donc que des règles de même nature puissent exister en droit européen. Celles-ci, pourtant, ne sont encore qu'embryonnaires. Rien n'est dit, tout d'abord, dans le traité. Celui-ci, en effet, se contente non seulement de renvoyer aux « partenaires sociaux », sans que ceux-ci soient nommés mais encore exclut du champ d'application du traité toute compétence en matière de « droit d'association » (article 153§6). Le contenu exact de cette exclusion n'est pas déterminé, mais l'obstacle semble suffisamment important pour qu'on en déduise parfois qu'en l'état des textes, aucune réglementation proprement européenne de la représentativité syndicale ne pourrait être adoptée¹³.

⁹ "Sur la question de la représentation politique, v. l'important ouvrage de P. Brunet : *Vouloir pour la Nation - Le concept de représentation dans la théorie de l'Etat*, LGDJ/Bruylant, 2004."

¹⁰ P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique*, Seuil, 2008.

¹¹ Sur la légitimité syndicale, v. part., P. Rosanvallon, *La question syndicale*, Hachette, 1998. Plus juridiquement, sur les liens entre représentativité et négociation, v., récemment, G. Borenfreund et al., Dossier « Représentativité syndicale et négociation collective », *Droit Social*, 2013. 300.

¹² A. Jeammaud et M. Le Friant, « Démocratie sociale, droit et représentation collective : enjeux théoriques », in : M.A Moreau (dir.), *La représentation collective des travailleurs*, Dalloz, 2012, p. 15.

¹³ P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, précité, n° 103.

Certaines règles ont néanmoins été mises en place, à partir d'une proposition faite par les acteurs syndicaux européens eux-mêmes, tout particulièrement la Confédération européenne des syndicats et Business Europe (ex UNICE). Ces règles ont été formalisées dans une communication de la Commission de 1993¹⁴, régulièrement rappelées dans les communications postérieures sur l'organisation du dialogue social¹⁵.

Trois critères essentiels ont été retenus : les organisations devraient: « (1) être interprofessionnelles, sectorielles ou catégorielles et être organisées au niveau européen ; (2) être composées d'organisations elles-mêmes reconnues comme faisant partie intégrante des structures des partenaires sociaux des États membres et avoir la capacité de négocier des accords et être, dans la mesure du possible, représentatives dans tous les États membres; (3) disposer de structures adéquates leur permettant de participer de manière efficace au processus de consultation ».

Ces règles, on le voit, relèvent plutôt de directives générales et sont en tout état de cause très éloignées de la réglementation précise et détaillée qui préside à l'organisation de la vie syndicale dans les États membres. Elles sont, certes, précisées, par une liste des organisations concernées, fournies en annexe de la Communication de 2002 et, à l'occasion, leur respect peut être vérifié par les institutions juridictionnelles européennes¹⁶. Il n'en reste pas moins que les règles européennes (ainsi, d'ailleurs, que la réalité de l'action syndicale de niveau européen) sont encore bien trop embryonnaires pour satisfaire aux exigences de légitimité qui seules peuvent justifier que l'on confie le soin de faire la loi aux partenaires sociaux.

Cette légitimité un peu bancal explique que les accords proprement dit ne soient pas si nombreux, et que fréquemment, les termes de « recommandations », « déclarations » et autre « avis commun » leur aient été préférés¹⁷. L'usage que les partenaires sociaux de niveaux européens ont fait de leurs pouvoirs a aussi fait

¹⁴ Communication de la Commission européenne « concernant la mise en œuvre du Protocole sur la politique sociale », COM (93) 600 Final.

¹⁵ Communication de la Commission européenne, « Le dialogue social européen, force de modernisation et de changement », COM (2002) 341 Final. Dans cette communication, la Commission renvoie à de précédents documents fixant les conditions de représentativité, v. not. la communication « Adapter et promouvoir le dialogue social au niveau communautaire », COM (98) 322 Final.

¹⁶ TPI, 17 juin 1998, UEAPME, aff. T-135/96, sur lequel v. M.A. Moreau, « Sur la représentativité des partenaires sociaux européens », *Droit Social* 1999. 55. Adde B. Teyssié, « La représentativité syndicale en droit communautaire », *Mélanges Blanc-Jouvan*, Sté de législation comparé, 2005. 379.

¹⁷ Sur ces dénominations : E. Mazuyer, « Les instruments juridiques du dialogue social européen », *Droit Social* 2007. 476.

fréquemment l'objet de critiques vigoureuses, tant l'expansion de leur rôle ne s'est pas traduite par une expansion corrélative de la dimension sociale de l'Union¹⁸, au point qu'il est parfois suggéré que l'institutionnalisation du dialogue social a même pu finalement servir l'objectif du « repli sur le minimalisme régulateur »¹⁹.

Pour être peu nombreux, ces accords existent néanmoins. Il existe désormais sept accords cadres, sur le congé parental (1995), le travail à temps partiel (1997), le travail à durée déterminée (1999), le télétravail (2002), le stress au travail (2004), le harcèlement et la violence au travail (2007) et les marchés du travail inclusifs (2010). On pourrait donc estimer que cet ensemble forme le premier *corpus* de conventions collectives européennes. Rien, pourtant, n'est moins sûr. Tout d'abord, la lecture de leur contenu est fréquemment un peu décevante. Mais, au-delà de la question des règles particulières, la nature juridique de ces accords reste encore très largement difficile à déterminer.

2. Nature juridique des accords

En droit interne, c'est la loi qui permet, à des conditions précises, de faire passer un accord entre personnes privées à la valeur de norme juridique. Les accords d'entreprise, de branche ou interprofessionnels sont tous décrits en détail et les règles nationales, encore une fois fort différentes d'un Etat membre à l'autre, permettent de connaître avec précision les conditions de validité et, surtout, les destinataires des normes contenues dans ces conventions collectives.

Rien de tel en droit de l'Union européenne. Le traité parle simplement des « accords ». En revanche, rien n'est dit sur la valeur juridique de ceux-ci, et, surtout, sur leur opposabilité aux tiers. Telle est bien la question fondamentale en effet : pour être un accord comparable à une convention collective de droit national, les conditions dans lesquels ces accords peuvent ou doivent être appliqués aux travailleurs concernés devraient être précisées. Rien de tel, pourtant. Dès lors, si l'on voit bien la valeur politique de ces accords, leur nature juridique, le mécanisme qui permettrait de passer d'un accord privé à une norme générale ne sont décrits nulle part.

¹⁸ C. Vigneau, « Etude critique du rôle des syndicats dans la gouvernance de l'Union européenne », in : E. Dockès (dir.), *Au cœur des combats juridiques*, Dalloz, 2007, p. 159 ;

¹⁹ S. Simitis, « Le droit du travail a-t-il encore un avenir ? », *Droit Social* 1997. 655, spéc. p. 666. Dans le même sens, Ch. Vigneau, *Ibid.*

En réalité, faute de règles européennes en la matière, on peut douter qu'un accord soit juridiquement obligatoire au delà de ses signataires, parce que les États ne peuvent guère accepter que des organes à qui ils n'ont pas confié expressément le pouvoir d'édicter des normes le fassent quand même. De ce fait, pour accepter le caractère obligatoire de l'accord collectif, il faudrait dire que ce sont les autorités de l'Union qui ont délégué leur pouvoir normatif aux partenaires sociaux. Mais l'analyse se heurte au fait qu'une telle délégation expresse, si elle est envisageable, n'a pas eu lieu, et qu'elle se heurterait certainement à certaines résistances des États, notamment de la part de ceux qui n'accordent qu'une valeur juridique assez relative aux accords collectifs.

On se heurte là à des difficultés majeures, qui tiennent, plus profondément, au fait que les règles de la démocratie sociale supposent des mécanismes légaux et sociaux acceptés par tous. L'Union européenne est encore très loin d'un tel objectif.

Dès lors, la valeur juridique d'un accord collectif européen se rapproche, en réalité, de celle d'un contrat²⁰. Un contrat étrange, politiquement doté d'un grand poids, mais un contrat quand même, doté de l'effet relatif et qui, dès lors, ne lie nul autre que les parties qui l'ont signé.

Pour affronter cette insurmontable difficulté, le traité tente une stratégie de contournement, en se désintéressant de la question de la nature juridique de ces accords pour s'intéresser à leur mise en œuvre.

Ces accords collectifs, pour être applicables dans le droit interne de chaque Etat membre, passent par deux voies, qui sont l'une et l'autre décrites dans l'article 155. Ces deux voies distinguent, en réalité, en fonction du niveau de leur mise en œuvre. Il peut y avoir, en effet, une mise en œuvre par la négociation collective nationale, ou une mise en œuvre par le recours aux règles européennes d'élaboration de la norme.

La première possibilité qui est ouverte aux partenaires sociaux, c'est d'avoir recours, nous dit l'article 155, aux « procédures et pratiques propres aux partenaires sociaux et aux États membres »²¹. Une telle procédure force donc à procéder à la mise en œuvre dans chaque État membre de l'accord négocié au niveau européen, puisque l'accord conclu au niveau européen doit être repris par des accords nationaux signés entre les syndicats nationaux. Ce sont donc ces accords nationaux qui se verront reconnaître une véritable valeur juridique, qui dépendra de la valeur juridique d'un tel accord collectif dans le droit interne de

²⁰ En ce sens, P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, précité, n° 107, dont s'inspire largement les analyses menées au texte.

²¹ Sur l'ensemble, v., A. Lyon-Caen, « Le rôle des partenaires sociaux dans la mise en œuvre du droit communautaire », *Droit Social*. 1997. 352.

l'État membre concerné. C'est une procédure qui a beaucoup d'inconvénients. Tout d'abord, elle ne garantit aucunement une harmonisation européenne, dans la mesure où toutes les réglementations nationales en matière d'accords collectifs sont très différentes et, partant, leur valeur juridique peut être appréciée de façon très différente selon les pays. Ensuite, une telle procédure n'est pas nécessairement efficace, car aucune règle ne vient clairement régir la nature de l'obligation de transposition. Le plus grand flou règne en la matière, et il n'est nullement certain que, au-delà de la force politique qui naît de l'existence même de l'accord cadre, existe une obligation proprement juridique de transposer celui-ci par le biais de procédures nationales. Dès lors, à supposer que des partenaires sociaux résistent, pour des raisons qui leur sont propres, à la mise en œuvre de tel ou tel accord, il n'est pas du tout certain que cette résistance puisse être juridiquement sanctionnée.

Techniquement, on pourra dès lors préférer la deuxième possibilité ouverte par l'article 155, qui ne résout pas le problème de la nature juridique de l'accord collectif européen, mais est, en revanche, plus efficace. L'article 155 permet en effet aux partenaires sociaux de demander à la Commission de proposer au Conseil d'adopter une décision reprenant l'accord qui a été négocié. Ce mécanisme, quoi qu'original, se coule mieux dans les cadres traditionnels du droit de l'Union. Tout d'abord, les partenaires sociaux proposent à la Commission de procéder à une transposition par voie de directive. Cette proposition doit nécessairement être conjointe : toutes les parties doivent saisir la Commission. Ensuite, la Commission peut ou pas décider, en application de sa traditionnelle maîtrise de l'initiative législative, de soumettre le texte au Conseil. Enfin, le Conseil peut adopter le texte proposé par la Commission. Depuis sa communication de 1993, la Commission a précisé qu'elle ne modifierait pas le texte proposé par les partenaires sociaux et le Conseil a suivi cette recommandation. Les directives sont donc bien le simple décalque de l'accord cadre, dont le texte figure en annexe. Enfin, même si le texte de l'article 155 parle de « décision », ce terme doit être compris dans son sens commun et non pas dans le sens technique qui est le sien en droit de l'Union : ce sont bien des directives qui ont été adoptées pour traduire en droit de l'Union les trois premiers accords cadres, celui sur le congé parental²², celui sur le travail à temps partiel²³ et celui sur le travail à durée déterminée²⁴.

²² Dir. 96/34 du 3 juin 1996 concernant l'accord cadre sur le congé parental, *JOCE* n° L. 145 du 19 juin 1996, p. 4.

²³ Dir. 97/81 du 15 décembre 1997 concernant l'accord cadre sur le travail à temps partiel, *JOCE*, n° L. 14 du 20 janvier 1998, p. 9.

²⁴ Dir. 99/70 du 28 juin 1999 concernant l'accord cadre sur le travail à durée déterminée, *JOCE* n° L. 175 du 10 juillet 1999, p. 43.

La solution est certes efficace et permet de ramener l'inconnu (l'accord cadre) au connu (la directive). Mais il reste que le passage par une procédure classique d'élaboration de la règle de droit dans l'Union européenne fait perdre sa spécificité juridique aux accords-cadre.

Le bilan, dès lors, de c'est accords, s'il n'est pas négligeable, est tout de même limité : nul ne l'a mieux formulé que Pierre Rodière, selon lequel « la Convention collective européenne, règlement applicable à des relations de travail dans un cadre territorial pluri-national, continue largement d'appartenir à la prospective juridique »²⁵.

Il faut donc bien reconnaître que « l'autonomie des partenaires sociaux » dont parle le traité, est encore une réalité qui reste largement à construire. Bien évidemment, il n'y a pas là qu'une question de droit : la légitimité des partenaires sociaux dans chacun des systèmes internes, a d'abord été conquise par la confrontation et la lutte, sans doute cette épaisseur historique manque-t-elle encore pour pouvoir prétendre produire des conséquences juridiques.

Pourtant, si l'autonomie institutionnelle des partenaires sociaux européens reste encore à construire, il n'en reste pas moins que d'autres — cette fois les partenaires sociaux nationaux — ont un rôle essentiel à jouer dans l'élaboration d'un droit social transnational. Mais il faudra pour l'établir passer par l'autre facette de l'autonomie : l'autonomie de la volonté.

II. L'autonomie de la volonté des partenaires sociaux nationaux, facteur d'élaboration d'un droit social transnational

Les partenaires sociaux nationaux se voient reconnaître un très important rôle dans l'émergence d'une approche spécifiquement européenne de la représentation collective. Les textes relatifs à l'information et à la consultation des travailleurs, au premier rang desquels l'importante directive de 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs²⁶, élaborent en effet progressivement un ensemble de règles spécifiquement européennes, facteur d'évolution du droit interne de la représentation²⁷. Envisagés sous l'angle interne, toutefois, ces textes ne modifient pas en profondeur l'autonomie des partenaires sociaux non plus que la nature théorique de leur rôle.

²⁵ P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, précité, n° 107.

²⁶ Dir. 2002/14 du 11 mars 2002, *JOCE* n° L 80 du 23 mars 2002, p. 29.

²⁷ S. Laulom, « Le rôle de l'Union européenne dans la transformation des modes de représentation à partir de l'expérience comparée (Royaume-Uni, Italie et France) », in : M. A. Moreau, *La représentation collective des travailleurs*, précité, p. 113.

C'est tout à fait différent lorsque la question de la représentation collective se pose dans un contexte international. Dans ce cas, en effet, la très forte territorialité du droit du travail verrouille fermement les systèmes juridiques (A), verrouillage que le recours à l'autonomie de la volonté peut tenter, dans une certaine mesure, de contourner (B).

A. Conflit de lois, territorialité et relations collectives de travail

En matière de représentation et de négociation collectives, il est très difficile d'échapper à une territorialité qui rend délicate la prise en compte du caractère transnational de l'organisation sociale d'une société simultanément installée dans plusieurs pays. On sait ainsi que l'exemple même des lois de police, sélectionné dans les *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, est précisément tiré d'une décision en matière de représentation collective²⁸. Le Conseil d'État a pu, à cette occasion, affirmer que la présence en France de salariés d'une entreprise ayant son siège social à l'étranger ne saurait la faire échapper à l'application de la loi française obligeant à la mise en place d'institutions de représentation du personnel. Une telle solution n'est pas sans conséquence, puisqu'elle conduit par exemple à imposer l'application de la loi française à l'encontre de la loi du contrat de travail lorsqu'est en cause le licenciement d'un salarié protégé exerçant son mandat de représentation dans un établissement situé en France²⁹. Là encore, donc, la place du conflit de lois est très réduite.

En matière de représentation collective, les cas d'application des lois étrangères sont extrêmement peu nombreux et limités, en pratique, à l'hypothèse de la détermination de l'applicabilité d'un accord collectif conclu sous l'empire d'un droit étranger à un rapport individuel de travail³⁰. Les questions de conflit de lois en la matière sont d'ailleurs d'une extrême complexité et peuvent de surcroît

²⁸ CE, 29 juin 1973, *Compagnie internationale des wagons-lits*, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^e éd., Dalloz, 2006, n° 53.

²⁹ AP. 10 juillet 1992, *JCP*. 1993. II. 22063, note P. Rodière, *D.* 1993. 67, concl. Chauvy, *Rev. Crit. DIP*. 1994. 69, note B. Audit, *rapp. Soc.*, 3 mai 1988, *Rev. Crit. DIP*. 1989. 63, note G. Lyon-Caen.

³⁰ Sur ce point, v., outre l'ouvrage classique de P. Rodière, *La convention collective de travail en droit international*, Litec, 1987, F. Jault-Seseke, « La détermination des accords collectifs applicables aux relations de travail internationales », *Mélanges P. Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 455.

poser d'importantes difficultés de droit de l'Union³¹. En toute hypothèse, la jurisprudence rappelle régulièrement combien est grande la tentation de l'application impérative³².

Quoi qu'il en soit, un tel territorialisme peut se prévaloir de nombreux arguments, l'un des plus forts étant la nécessité d'assurer que, sur le territoire français, les mécanismes de représentation collective des travailleurs soient identiques. De puissantes raisons conduisent à l'application uniforme de la loi française à tous les établissements situés sur le territoire français, sans tenir compte réellement de la particularité de la situation du travailleur considéré ou de l'organisation de l'entreprise.

Cette solution, pourtant, conduit nécessairement à traiter de façon exactement identique une société dont tous les établissements sont situés en France et une société simultanément installée dans plusieurs États, dont la France. Une telle assimilation, qui se fait d'ailleurs parfois au prix de quelques adaptations de la loi française³³, a pour défaut de laisser entièrement dans l'ombre le fait économique fondamental que représente l'internationalisation des sociétés.

Sous l'angle de la protection des travailleurs, surtout, l'assimilation masque une importante dissymétrie des pouvoirs dans l'entreprise. L'organisation transnationale d'un groupe donne en effet un pouvoir très important à l'employeur qui a la possibilité d'organiser, au sein d'un même groupe, une forme de concurrence entre les différents établissements du groupe, en fonction de l'environnement juridique dans lequel chacun de ces établissements se déploie. En d'autres termes, il est permis à l'employeur, y compris pour les questions sociales, de profiter d'une compétition législative qui est au contraire fermée aux salariés qui sont tous, d'une façon ou d'une autre, rattachés à l'établissement d'un État en particulier. L'exemple des délocalisations et de l'influence de celles-ci sur la

³¹ M. A. Moreau, « Mobilité des entreprises dans l'Union européenne et protection conventionnelle des salariés », *RJS*. 2002. 207, et F. Jault-Seseke, *art. précité*, pp. 460-462.

³² V. p. ex., à propos de la convention collective des journalistes, impérativement appliquée au correspondant à l'étranger d'un journal français dont le contrat était pourtant soumis à la loi étrangère : Soc, 31 janvier 2007, *RDT*. 2007, 398, note H. Tissandier.

³³ V. p. ex. Soc, 14 février 2001, *Droit Social* 2001. 639, chr. M.A. Moreau, où la notion d'établissement a été élargie à tout le territoire pour pouvoir assurer une représentation à des travailleurs disséminés sur tout le territoire français hors de tout établissement pour le compte d'une société néerlandaise.

négociation collective dans un État particulier, permet de montrer à quel point la mondialisation a donné des pouvoirs accrus à l'employeur³⁴.

Pour pouvoir répondre à cet accroissement des pouvoirs de l'employeur transnational, l'une des solutions serait de permettre l'organisation d'un dialogue social transnational au niveau de l'entreprise. La possibilité d'accéder à des informations qui dépassent le cadre juridique national, de négocier au niveau de l'ensemble du groupe et de faire pression globalement sur l'employeur indépendamment de l'établissement de rattachement sont des réponses collectives, adaptées aux dimensions économiques et géographiques du groupe.

Cette réponse, pourtant, le droit national est incapable de la donner. Les droits nationaux, en effet ne peuvent que réduire une situation transnationale à une situation nationale par le truchement de la règle de conflit de lois. La qualité des liens de rattachement de la situation, qui conduisent à la localiser de façon prépondérante dans un État en particulier, conduira à appliquer à cette situation la loi de cet État. Appropriée en matière de rapports individuels de travail, sous réserve de quelques ajustements, la solution est en revanche totalement inadaptée en matière de rapports collectifs. Ne pas arriver à prendre en considération la nature transnationale d'un rapport collectif de travail, c'est en nier la spécificité et se condamner à un traitement juridique inadéquat.

Dès lors, la réponse ne peut passer que par l'élaboration d'instruments de droits substantiels transnationaux. Seuls, en effet, des instruments qui se jouent des frontières étatiques peuvent permettre la mise en œuvre de négociations réellement transnationales. Ces instruments existent bien, et consacrent une large place à l'autonomie de la volonté qui devient ainsi, progressivement, une source majeure de droit social international.

B. Droit substantiel, harmonisation sociale et autonomie de la volonté

Il sera ici question de l'autonomie de la volonté en son sens le plus classique, rappelé au début de cette communication : la faculté pour les acteurs, au premier rang desquels les cocontractants, d'élaborer leur propre régime juridique.

C'est précisément à cette faculté que deux instruments d'organisation d'un dialogue social transnational ont recours. Le premier est un mécanisme purement contractuel : c'est l'exemple des accords internationaux d'entreprise ; le second est d'origine légale : c'est le Comité d'entreprise européen.

1. Les accords internationaux d'entreprise

³⁴ Sur tous ces points, v. MA. Moreau, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, Dalloz, 2006, pp. 83 et s. et 309 et s.

Ces instruments peuvent tout d'abord être de nature purement conventionnelle, à l'exemple des accords internationaux d'entreprise. Ces accords connaissent aujourd'hui un développement spectaculaire, comme le montre encore le tout récent accord cadre conclu par le groupe Renault le 2 juillet 2013³⁵. Ces accords constituent aujourd'hui une source majeure de développement des règles sociales et environnementales transnationales, et font l'objet d'une attention soutenue de la part de la doctrine³⁶. Il y a là, incontestablement, une source future de développement d'un droit social mondialisé, gouverné par les acteurs de celui-ci.

L'autonomie de la volonté joue ici à plein : il s'agit bien d'une forme de contrat, même s'il s'agit d'un contrat collectif posant, dès lors, d'importantes difficultés de qualification³⁷ et, plus largement, de délicates questions de droit international privé³⁸. Ce contrat confie aux acteurs, par le biais de l'élaboration de normes particulières, le soin de pallier les difficultés liées à la territorialité des règles régissant les relations collectives de travail en imposant le respect de normes de droit du travail pour l'ensemble du groupe et, le plus souvent, en organisant des procédures de consultation des représentants au-delà des frontières nationales.

Pour être important, et source de nouvelles et passionnantes questions juridiques, l'apport spécifiques de ces accords internationaux d'entreprises doit toutefois être nuancé quant à leur faculté à faire naître de réelles institutions de négociation transnationale au sein de l'entreprise.

La valeur juridique de ces contrats, en effet, est fortement atténué par la volonté des acteurs d'en faire, la plupart du temps, de simples obligations de moyens, engagements non contraignants relevant plus nettement du droit feutré – *soft law* – que de l'obligation contractuelle pure et simple. Le plus souvent, ces

³⁵ Accord cadre mondial de responsabilité sociale, sociétale et environnementale entre le groupe Renault, le Comité de Groupe Renault et IndustriALL Global Union, « S'engager ensemble pour une croissance et un développement durables », 2 juillet 2013.

³⁶ V. not. M. A. Moreau, « Négociation collective transnationale : réflexions à partir des accords cadres internationaux du groupe Arcelor Mittal », *Droit Social* 2009. 93 ; Claire Marzo, « Les risques juridiques créés par les accords-cadre internationaux : opportunités, dangers, stratégies », in : M. A. Moreau, H. Muir Watt, P. Rodière (dir.), *Justice et mondialisation en droit du travail*, Dalloz, 2010, p. 207.

³⁷ V. not. C. Marzo, *op. cit.*, p. 211 et s., qui envisage successivement les qualifications de contrat, d'engagement unilatéral, de règle coutumière et de convention collective.

³⁸ V. sur ce point l'étude remise à la Commission européenne : A. van Hoek et Frank Hendrickx, « International private law aspects and dispute settlements related to transnational company agreements », 20 octobre 2009, disponible sur ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6677&langId=en.

accords portent sur un objet relativement précis : le respect des droits sociaux (et parfois environnementaux) fondamentaux et l'engagement de mettre en œuvre des procédures de dialogue social. A cet égard, les normes de l'OIT jouent un rôle déterminant, puisque c'est avant tout par un engagement de respecter ces règles, telles qu'elles sont formalisées dans les plus importantes Conventions de l'organisation, que se caractérisent ces accords. Mais il reste que le caractère très général du contenu de ces accords conduit à estimer qu'il restera rare, en tout cas du point de vue du droit français, que ceux-ci puissent conduire à des solutions fortement déroatoires au droit national. L'impérativité particulière du droit des relations collectives conduira à faire prévaloir celui-ci sur l'engagement de l'entreprise si, d'aventure, cette dernière entendait s'appuyer sur un accord cadre pour échapper aux obligations qui lui incombent en application de la loi nationale applicable.

Plus encore, le traitement des différends est, dans la plupart de ces accords, abordé d'une manière qui montre que la volonté explicite des négociateurs est d'éviter le plus possible toute procédure judiciaire. Les clauses les plus fréquentes, à cet égard, sont des clauses d'arbitrage ou, plus couramment encore, des clauses que l'on ose qualifier de règlement des différends, organisant simplement des procédures internes à l'entreprise. En témoigne par exemple la clause de « traitement des difficultés éventuelles » de l'accord cadre conclu par le groupe Renault, Chapitre 6, ainsi formulé :

« Les parties signataires s'engagent à s'informer mutuellement le plus tôt possible en cas de difficulté constatée dans la mise en œuvre du présent accord et ce, afin de permettre l'adoption rapide d'un plan d'action destiné à trouver une solution dans les meilleurs délais.

Les problèmes locaux portés à la connaissance des parties signataires, sont examinés en premier lieu dans le cadre du dialogue social local. Le groupe Renault s'engage à créer les conditions favorables à un tel dialogue. Si nécessaire, la recherche d'une solution s'effectue au niveau du pays, de la région, puis du groupe Renault.

Attentives à préserver un climat de confiance nécessaire en de telles circonstances, les parties signataires s'engagent à privilégier la recherche d'une solution par le dialogue, par rapport à toute autre action, en préservant la confidentialité des échanges. »

L'objectif est bien ici d'éviter le recours au juge national, et, plus largement, d'inventer des nouveaux modes de règlements des différends propres à l'entreprise³⁹.

L'autonomie de la volonté est ici utilisée pour mettre en place des règles communes, propres à l'entreprise, et dépassant le cadre étatique. En ce sens, elle constitue bien une réponse originale à une difficulté de grande ampleur liée à la territorialité du droit du travail. Cela étant, même une analyse aussi rapide que celle qui vient d'être menée laisse penser que ces accords ne peuvent suffire. S'ils participent incontestablement de la création d'un certain droit social transnational, leur contenu limité au droit fondamentaux et la volonté manifeste d'échapper au juge national montrent qu'ils ne sauraient suffire à se substituer à un législateur impuissant. Enfin, leur contenu montre qu'ils ne créent que rarement une structure de dialogue social, préférant s'appuyer sur une organisation antérieure, le plus souvent déjà créée par voie légale et tout particulièrement le comité d'entreprise européen.

C'est qu'en effet, la voie de la seule autonomie de la volonté, si elle n'est pas à exclure, semble insuffisante en pratique à créer des structures de dialogue social entièrement nouvelle. Pour cela, l'intervention du législateur semble préférable. Tel est bien ce qui s'est passé dans l'Union européenne.

2. Le législateur et les syndicats : l'exemple du comité d'entreprise européen

On l'a vu, le droit de l'Union met en place des règles communes en matière d'information et de consultation des travailleurs. Ces règles ont vocation à s'appliquer à toutes les sociétés de l'Union, et, à ce titre, participent incontestablement du rapprochement des droits nationaux. Mais, une fois transposées, elle ne se différencient plus de règles nationales et, partant, sont soumises aux mêmes contraintes liées à la territorialité des règles du droit du travail.

Beaucoup plus riche pour notre propos apparaissent les textes en matière de représentation des travailleurs dans les structures transnationales. L'adoption de structures sociales spécifiquement européennes s'est ainsi accompagnée de règles

³⁹ Sur cette tendance générale, dont il ne sera pas question ici, en matière de règlement des différends en matière sociale au sein des entreprises multinationales, v. not. R.C. Drouin, « Procédures de règlement interne des différends de droit du travail dans l'entreprise multinationale », In : M.A. Moreau et al., *op. cit.*, p. 185.

particulières à la représentation des travailleurs dans le cadre de ces structures⁴⁰. Mais, au-delà de ces formes sociales particulières, l'ambition des autorités de l'Union est allée bien au-delà, puisqu'a été progressivement mise sur pied une institution originale et forte, propre à tous les groupes de dimension européennes, quelle que soit leur forme sociale : le Comité d'entreprise européen⁴¹.

Ce n'est pas le lieu de procéder à une présentation exhaustive de ces textes, qui font l'objet d'une abondante littérature, un point, seulement, sera donc ici abordé : celui de la méthode. Le point très intéressant que l'on voudrait souligner ici, c'est combien les syndicats ont été chargés de prendre en charge cette double difficulté de la diversité législative et du territorialisme strict de la loi en matière de droit du travail.

L'ambition de ce texte est extrêmement grande, puisqu'il s'agit de créer une instance fédérative des différents établissements d'un groupe disséminé en plusieurs parties du territoire de l'Union. Comme l'affirment les considérants, les procédures nationales « ne sont souvent pas adaptées à la structure transnationale de l'entité qui prend la décision affectant ces travailleurs ». Permettre la création d'une telle structure supposait donc une intervention de niveau européen.

Aux comités d'entreprise, comité central d'entreprise et comité de groupe français vient donc s'ajouter un comité d'entreprise européen, nouvelle instance d'information et de consultation qui a vocation à jouer, au niveau européen, le même rôle que celui que jouent ses homologues de droit interne. La très grande brièveté du texte européen, composé de 12 articles, ne peut manquer pourtant de frapper le lecteur, face à la profusion des dispositions du code du travail français consacrées aux différents comités d'entreprises.

Une telle brièveté s'explique par un choix politique fondamental fait par le législateur européen, celui de ne pas mettre en place de structure fixe et aux prérogatives définitivement déterminées, mais, bien au contraire, de laisser presque complètement ouvertes les questions fondamentales relatives au fonctionnement et aux pouvoirs de ce comité. Ce choix s'explique par plusieurs raisons. L'une des plus profondes est sans aucun doute politique. Les divergences

⁴⁰ V. ainsi, pour la SE, la dir. 2001/86 du 8 octobre 2001 complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs, *JOUE* n° L 294 du 10 novembre 2001 ; dans le même sens, v. aussi la dir. 2003/72 complétant le statut de la société coopérative européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs, *JOUE* n° L 207 du 18 août 2003.

⁴¹ Dir. 94/45 du 22 septembre 1994 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs, *JOCE* n° L 254 du 30 septembre 1994. Cette directive a été modifiée par la dir. 2009/38 du 6 mai 2009, *JOUE* n° L 122 du 16 mai 2009, p. 28.

très fortes entre législations nationales sur ces questions expliquent que seul un texte très peu contraignant (auquel pourtant, le Royaume-Uni a refusé pendant un temps de s'associer), était susceptible d'être adopté.

Il est certain que cette difficulté à s'entendre sur des textes aussi fondamentaux explique aussi le recours accru à l'autonomie des parties, désormais érigé en principe par le droit de l'Union en général, et par le texte sur les comités d'entreprises européen en particulier. Ce principe d'autonomie s'est tout d'abord traduit, institutionnellement, par une consultation des partenaires sociaux sur l'élaboration même du texte sur les comités d'entreprise européens. Ceux-ci n'étant pas parvenu à un accord, c'est le législateur européen qui a effectivement élaboré ce texte. Il n'en demeure pas moins que le texte reste délibérément vague sur le contenu même de ce comité car, comme l'affirment là encore les considérants du texte :

« conformément au principe de l'autonomie des parties, il appartient aux représentants des travailleurs et à la direction de l'entreprise ou de l'entreprise qui exerce le contrôle d'un groupe, de déterminer d'un commun accord la nature, la composition, les attributions, les modalités de fonctionnement, les procédures et les ressources financières du comité d'entreprise européen ».

Dans cette phrase, la notion « d'autonomie des parties » recouvre à la fois l'autonomie institutionnelle et l'autonomie de la volonté. C'est bien en effet la faculté de créer un contrat particulier pour l'entreprise qui est ici envisagée, applicable à toutes ses structures. Il s'agit donc bien à la fois de bénéficier d'un pouvoir qui va au-delà des seuls contractants, tout en confiant à ceux-ci le soin d'élaborer le contenu même des normes.

Quoi qu'il en soit, la conséquence de cette affirmation est que la quasi-totalité du contenu effectif de l'institution nouvellement créée est laissé ouvert à la négociation, sauf à exiger dans certaines hypothèses, essentiellement de résistance de l'employeur, l'application de certaines dispositions minimales, appelés « prescriptions subsidiaires ».

Une telle approche explique que le texte de la directive soit assez court, et, en réalité, de nature essentiellement procédurale : l'objet de ce texte n'est en effet pas de décrire le comité d'entreprise européen, il est d'en prévoir les modalités de création. A cet effet, un long travail de délimitation est nécessaire, pour définir par exemple ce qu'est une entreprise de dimension européenne, les seuils de création du comité ou la notion de direction centrale. Ces règles matérielles sont ensuite complétée par d'autres dispositions, visant à encadrer le déroulement de la négociation et l'objet de celle-ci (création d'un groupe spécial de négociation, liste des questions qui doivent faire l'objet d'un accord...). Le contenu de l'accord, la possibilité même de ne pas parvenir à un accord sont, en revanche, entièrement laissés à l'appréciation des négociateurs.

La mise en place du Comité d'entreprise européen semble ainsi mettre en œuvre un mélange de règles matérielles européennes, désignant de façon très générale un objectif et les moyens d'y parvenir, et d'autonomie de la volonté, puisqu'il revient à la négociation et au contrat le soin de préciser le contenu précis de l'accord futur.

A ces deux pôles, droit matériel de l'Union et autonomie de la volonté, il faut encore en ajouter un troisième, celui des règles étatiques. La directive, en effet, fait un usage intensif et étonnant de règles que l'on n'ose qualifier de règles de conflit, mais qui sont pourtant bien des règles de détermination d'un droit national déclaré applicable.

Le recours aux lois nationales intervient essentiellement à deux niveaux : la constitution du groupe spécial de négociation, tout d'abord, suppose que la loi de chaque État dans lequel se trouve un établissement de l'entreprise soit consultée pour savoir qui sera effectivement envoyé dans le groupe, si le représentant doit être élu, si oui par qui, ou nommé, là encore si oui, par qui. La loi, ensuite de l'emplacement de la direction centrale déterminera largement les pouvoirs du comité d'entreprise européen. Le rôle des règles de conflit de lois et, à travers elles, des lois nationales, reste donc encore déterminant⁴².

Une telle observation est très frappante. Alors en effet que les instruments traditionnels du droit international privé semblaient inadaptés à la résolution des problèmes juridiques posés par les rapports collectifs internationaux de travail, la règle de conflit de lois vient ici se voir confier un rôle déterminant dans la mise en œuvre d'une institution majeure du droit dérivé.

La différence, pourtant, avec la règle de conflit de lois classique est importante. Alors, en effet, que, traditionnellement, le conflit de lois sert à déterminer la loi nationale qui prendra entièrement en charge la solution à la question de droit posée, les directives en cause font au contraire preuve d'une étonnante combinaison de méthodes.

Des règles matérielles de droit international viennent obliger à la création d'une procédure d'information et de consultation ; ces règles matérielles restent toutefois très vagues et sont complétées par un appel à l'autonomie de la volonté, à qui est laissée une très large place ; la règle de conflit de lois enfin, va organiser une manière de coordination entre la règle matérielle et l'autonomie de la volonté, pour encadrer l'exercice de cette volonté dans le but de parvenir à l'objectif visé, qui est celui de la création d'un organe nouveau.

⁴² En ce sens, v. aussi J. Meeusen, « Directive 94/45 concernant les comités d'entreprise européens : aspects de droit international privé », in : M. Rigaux et F. Dorssemont (dir.), *Comités d'entreprises européens*, Intersentia, 1999, p. 239, spéc. pp. 244 et s.

Du point de vue du droit international privé, il faut reconnaître que la méthode est très innovante et dessine un rôle très différent pour la règle de conflit de lois. Il ne s'agit plus du tout, ici, de désigner simplement la loi applicable à une question de droit. Il s'agit de s'appuyer simultanément sur plusieurs lois nationales pour organiser une négociation, puis le fonctionnement d'un organe, dont seuls le principe et quelques grandes lignes sont définis par des règles de l'Union européenne.

Le mécanisme est donc audacieux, et fait sortir la règle de conflit de lois de son rôle habituel. C'est bien un rôle original de coordination qui est ici confié à la règle de conflit de lois qui se voit combinée à la règle matérielle européenne et à l'autonomie de la volonté pour permettre de vaincre sans harmonisation substantielle une diversité législative qui paraissait irréductible.

Il y a là un mode d'articulation très original des règles nationales et européennes, qui montre que la règle de conflit de lois peut participer à la création d'un espace européen du dialogue social, malgré le double obstacle fondamental du territorialisme des règles en la matière et des oppositions politiques profondes entre les différents pays de l'Union européenne.

Dès lors, on voit bien ici comment l'accord des partenaires sociaux finalement se substitue presque au législateur, et ce dans des accords qui sont pourtant les moins normatifs possibles, puisque les CEE sont des accords d'entreprise et non des accords de branche.

Le principe même de l'existence d'une institution comme le CEE ne pouvait être pris par le législateur national. C'est pour contourner cette difficulté que le droit de l'Union s'est appuyé sur les syndicats nationaux pour créer cette institution originale. C'est bien ici sur l'autonomie de la volonté qui sert de palliatif et de complément à un mode original d'élaboration et de mise en œuvre de la norme.

On en revient au paradoxe initial. Alors en effet que l'autonomie des partenaires sociaux est intuitivement comprise comme une autonomie institutionnelle, en droit social de l'Union, c'est finalement l'autonomie de la volonté au sens le plus classique, quoique dans une hypothèse renouvelée, qui donne les résultats les plus étonnants. C'est en permettant aux destinataires de la norme d'élaborer celle-ci que le droit de l'Union a permis de vaincre les obstacles, pourtant presque insurmontables, de la diversité législative et de la territorialité du droit du travail. C'est là un résultat impressionnant, qui n'a sûrement pas encore donné la pleine mesure de ses potentialités.